

Y EL CONTROL DEL DERECHO INTERNO CONECTADO CON EL COMUNITARIO

Ricardo ALONSO GARCÍA

Catedrático de Derecho Administrativo y Comunitario
Universidad Complutense
rag@der.ucm.es

RESUMEN

Análisis del papel de los tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea frente al control del Derecho interno conectado con el Derecho comunitario, incluidos los tribunales constitucionales (o supremos), evitando en la medida de lo posible declaraciones de inconstitucionalidad de aquél que podrían conllevar innecesarias o inconsecuentes declaraciones de inconstitucionalidad de éste.

Palabras clave: tribunales constitucionales, Derecho comunitario, primacía, interpretación conforme, cuestión prejudicial comunitaria, cuestión de inconstitucionalidad, seguridad jurídica, recurso por incumplimiento, independencia judicial, efectos de sentencias de inconstitucionalidad.

ABSTRACT

Analysis of the role of national Courts within the European Union, including Constitutional (or Supreme) Courts, before domestic Law implementing Community Law. An effort to avoid, as far as possible, declaring the unconstitutionality of domestic Law, which could entail unnecessary or incoherent declarations of unconstitutionality of Community Law.

Keywords: constitutional courts, community Law, supremacy, consistent interpretation, community preliminary ruling, preliminary ruling on constitutionality, legal certainty, action for infringement, judiciary independence, effects of judgements declaring unconstitutionality.

ZUSAMMENFASSUNG

Analyse der Gerichtsfunktionen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union gegenübergestellt der Kontrolle des mit dem Gemeinschaftsrecht verbundenen Innenrechts, wo auch die Verfassungsgerichte (oder die Oberste Gerichtshöfe) eingeschlossen sind. Man versucht aber höchst möglich Verfassungswidrigkeitserklärungen von jenem zu vermeiden, die unnötige oder inkonsequente Verfassungswidrigkeitserklärungen von diesem mit sich mitbringen könnten.

Schlüsselwörter: verfassungsgerichte, gemeinschaftsrecht, vorrang, entsprechende auslegung, gerichtliche vorfrage betreffend dem gemeinschaftsrecht, frage der verfassungswidrigkeit, rechtssicherheit, rechtsmittel gegen nichterfüllung, richterliche unabhängigkeit, wirkungen der verfassungswidrigen entscheidungen.

En un estudio recién publicado (*Justicia constitucional y Unión Europea*, Thomson-Civitas, 2005) dedicaba uno de los capítulos a la cuestión de «Los tribunales nacionales y el control de constitucionalidad (nacional) del Derecho interno conectado con el comunitario». Mi intención ahora es aportar nuevos elementos de reflexión al respecto¹.

Señalaba en el referido estudio que los problemas de constitucionalidad (nacional) del Derecho comunitario no suelen surgir aisladamente, sino en el contexto de su ejecución interna a través de la correspondiente actividad nacional; y resultaba crucial tener claro dicho contexto, así como la naturaleza reglada o discrecional del mismo, bajo riesgo, de lo contrario, de desvirtuar el discurso en virtud del cual agotadas las vías intraordinamentales (depuración de las normas comunitarias en el marco del propio ordenamiento jurídico comunitario) de solucionar el supuesto conflicto extraordinamental (de contradicción de las normas comunitarias con la Constitución interna)², entonces y sólo entonces cabría plantearse la constitucionalidad del Derecho comunitario bajo parámetros nacionales (control éste que, además, no debería operar aisladamente sobre el Derecho comunitario derivado, sino a la luz, en su caso y habiendo dado previamente la oportunidad al Tribunal de Justicia de pronunciarse al respecto, del Derecho originario que le sirve de fundamento).

Asumido así que los tribunales nacionales, incluidos los tribunales constitucionales, carecerían *ab initio* de competencias para enjuiciar la

¹ Elementos de reflexión que tienen su origen en una conferencia pronunciada en Murcia el 3 de noviembre de 2005, en el Curso sobre «La articulación entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales: algunas zonas de fricción», organizado por el Foro Permanente de Estudios Judiciales Europeos y dirigido por Joaquín Huelin y Francisco Javier Zamora, de futura publicación por el Consejo General del Poder Judicial en colaboración con la Región de Murcia.

² En el bien entendido de que «el desarrollo del proceso de integración europea ha venido a crear un orden jurídico, el comunitario, que para el conjunto de los Estados componentes de las Comunidades Europeas puede considerarse a ciertos efectos como “interno”» (Sentencia del Tribunal Constitucional español 165/1994, de 26 de mayo). En palabras de la Corte Costituzionale, los ordenamientos nacional y europeo serían «recíprocamente autónomos» pero al tiempo «coordinados y comunicantes» (Sentencia de 4 de julio de 1989, núm. 389).

constitucionalidad del Derecho comunitario³, ello no significa, sin embargo, que no mantengan intactas sus competencias para enjuiciar la constitucionalidad de las normas nacionales con fuerza o valor de ley, así como, en su caso, normas reglamentarias e incluso pura actividad administrativa que, por hipótesis, puedan ser el resultado de la ejecución de normas comunitarias⁴.

* * *

En tal hipótesis de ejecución, si no se presta debida atención a la vinculación de la actividad nacional con la comunitaria no será posible, *en primer lugar*, forzar la lectura de la Constitución en búsqueda de una interpretación concurrente o conforme con los parámetros comunitarios⁵ (a la luz de las

³ Incluido el propio Derecho originario, pues si bien es cierto que el mismo escapa, por su propia naturaleza, del «control» del Tribunal de Justicia entendido en sentido estricto (*i. e.*, con consecuencias depuradoras), no lo es menos que está abierto a modulaciones en su lectura, vía interpretativa, de la mano del propio Tribunal de Justicia, susceptibles de eludir la colisión con el texto constitucional nacional.

⁴ Ya en su Sentencia 64/1991, de 22 de marzo, el Tribunal Constitucional español dejó bien claro que «la cesión de competencias a favor de organismos supranacionales no implica que las autoridades nacionales dejen de estar sometidas al ordenamiento interno cuando actúan cumpliendo obligaciones adquiridas frente a tales organismos, pues también en estos casos siguen siendo poder público que está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico español».

Cfr. al respecto, por ejemplo, asunto Fazenda Publica, 14 de diciembre de 2000 (C-446/98), en el que el Tribunal de Justicia, tras aclarar que una determinada directiva (concretamente, la Sexta Directiva IVA) «no obliga en modo alguno a los Estados miembros a escoger, entre las modalidades posibles de adaptación del Derecho nacional a la misma, la que consiste en otorgar competencia a una autoridad administrativa para precisar el alcance del concepto de distorsiones graves de la competencia», declaró que «un Estado miembro puede adoptar otras modalidades de adaptación de su Derecho nacional que se ajusten a las disposiciones tanto de la Sexta Directiva como de su Constitución».

⁵ Hasta el límite de la interpretación *contra constitutionem*. Ésta es, creo, la tónica general que se desprende de la doctrina de los tribunales constitucionales de los Estados miembros.

Por lo que respecta al español (en línea similar, como veremos a continuación en el texto, con el Tribunal Constitucional polaco), la interpretación concurrente o conforme alcanzaría incluso a los valores y principios esenciales de nuestro texto constitucional, progresivamente cubiertos, siguiendo la evolución de la Unión Europea, por la obligación de una lectura *pro communitate*. Así, en su Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, tras constatar la creciente asunción explícita, como fundamento propio de la Unión, de los mismos valores y principios que presiden los ordenamientos constitucionales nacionales, sobre todo a partir del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, el Tribunal Constitucional consideró que éste vendría a «consagrar la garantía de la existencia de los Estados y sus estructuras básicas, así como sus valores, principios y derechos fundamentales, que en ningún caso podrían llegar a hacerse irreconocibles tras el fenómeno de la cesión del ejercicio

pautas marcadas por el Tribunal de Justicia⁶, lo cual apunta, como explicaré más adelante, hacia una preferencia cronológica de la cuestión prejudicial sobre la cuestión de inconstitucionalidad⁷), al recaer la operación de control sobre actividad nacional por definición infraconstitucional si aisladamente considerada; es más, la operación hermenéutica sería en tal caso la contraria (interpretación de la referida actividad a la luz exclusiva de la Constitución), aumentando así las posibilidades de colisión última entre el Derecho comunitario y el Derecho constitucional interno.

La anterior aseveración bien puede verse reflejada en el primero de los «argumentos principales» de la decisión del Tribunal Constitucional polaco de 17 de abril de 2005, en el que, en el marco del control de constitucionalidad de la normativa interna de ejecución de la Decisión marco sobre la euro orden⁸, el Tribunal razonó de la siguiente manera: «Los conceptos

de competencias a la organización supraestatal» (situando así el límite del esfuerzo interpretativo *pro communitate* en las lecturas *contra constitutionem*, que son las que convertirían en «irreconocibles» las referidas zonas del texto constitucional especialmente soberanas).

⁶ A su vez también obligado a buscar lecturas del Derecho originario de la Unión compatibles, en la medida de lo posible, con las Constituciones de los Estados miembros. Así lo recuerda el Tribunal Constitucional polaco en su decisión, a la que me referiré a continuación, sobre el Tratado de Adhesión, en la que, tras asumir el carácter mutuo del principio de cooperación leal (entre la Comunidad-Unión y los Estados miembros), destacó que dicha asunción implicaba «una obligación por parte del Tribunal de Justicia de mostrarse comprensivo para con los sistemas jurídicos nacionales y una obligación por parte de los Estados miembros de mostrar el más alto nivel de respeto hacia las normas comunitarias» (cfr. núm. 16 de los «argumentos principales» de su decisión).

⁷ La preferencia de la cuestión prejudicial sobre la de inconstitucionalidad parece ser la posición del Bundesverfassungsgericht. Tal es la opinión defendida en el Informe del Tribunal Constitucional Federal presentado en el XII Congreso de la Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, según el cual un fallo judicial no puede depender de la validez de una determinada norma en tanto en cuanto la aplicabilidad de dicha norma en el territorio nacional no haya quedado definida debido a una violación del Derecho comunitario. El Informe menciona en apoyo de esta tesis las decisiones del BVerfGE de 28 de enero de 1992 y de 9 de junio de 1971 (cfr. R. JAEGER y S. BROB, «Report of the Constitutional Court of the Federal Republic of Germany. The relations between the Constitutional Courts and the other national courts, including the interference in this area of the action of the European courts», Conference of European Constitutional Courts, XIIth Congress, Bruselas, Palais d'Egmont, 14-16 de mayo de 2002).

En el caso de la Corte Costituzionale, fue la posición adoptada en sus Autos Messaggero Servizi, de 15 de diciembre de 1995, núm. 536, y Zerfin, de 18 de julio de 1996, núm. 319. En su Auto de 26 de mayo de 2004, núm. 165, en relación con el asunto Berlusconi, sobre el que volveré, decidió «*rinvviare le cause a nuovo ruolo*», a petición de la Abogacía del Estado, para «dar preferencia temporal al Tribunal de Justicia».

⁸ Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio del 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DO, L 190, p.1).

constitucionales tienen una naturaleza autónoma en relación con normas vinculantes de rango inferior. El alcance de los términos contenidos en la legislación ordinaria no puede determinar la interpretación de las disposiciones constitucionales; de otro modo, las garantías contenidas en dichas disposiciones perderían su sentido. Por el contrario, son las normas constitucionales las que dictaminan la manera y la dirección en que deben interpretarse las disposiciones legales».

Ello provoca lecturas aisladas de la Constitución que favorecen, como señalaba, la aparición, de manera indirecta, de colisiones normativas con el Derecho comunitario.

Así, si bien es cierto que el Tribunal Constitucional polaco se cuidó muy mucho en la citada decisión de no extender el juicio de constitucionalidad sobre la propia Decisión marco⁹, no lo es menos que concluyó declarando inconstitucional el art. 607t, § 1, del Código Procesal Penal, por contrario al art. 55.1 de la Constitución polaca, «en la medida en que permitiría —en contra de la expresa prohibición del último precepto citado— la entrega de un ciudadano polaco a otro Estado miembro de la Unión Europea sobre la base de la Orden Europea de Detención»¹⁰.

Pocos días después, en cambio, el propio Tribunal Constitucional polaco (decisión de 11 de mayo de 2005, sobre el Tratado de Adhesión de Polonia a la Unión Europea), tras comenzar proclamando que «las disposiciones de la Constitución, siendo ésta la norma suprema en la que se manifiesta la voluntad de la Nación, no podrían perder su naturaleza vinculante o ver modificado su contenido por el mero hecho de su incompatibilidad insuperable con disposiciones comunitarias»¹¹, puntualizaría más

⁹ Téngase en cuenta que de la Decisión marco, aunque adoptada en el contexto del tercer pilar de la Unión («Cooperación policial y judicial en materia penal»), también estaba amparada por el principio de interpretación concurrente o conforme propio del pilar comunitario, como confirmaría poco después el Tribunal de Justicia en su Sentencia Pupino, de 16 de junio de 2005 (C-105/03).

¹⁰ Con posterioridad, el Tribunal Constitucional alemán (Sentencia de 18 de julio de 2005) y el Tribunal Supremo de Chipre (Sentencia de 7 de noviembre de 2005) han declarado inconstitucionales, igualmente, las respectivas leyes de ejecución de la euro orden; y las leyes de ejecución checa y belga se encuentran pendientes de enjuiciamiento ante el Tribunal Constitucional y la Corte de Arbitraje (habiendo procedido ésta a la activación del de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, pendiente de resolución: asunto C-303/05).

Adviértase también que tanto el Tribunal alemán como el chipriota se cuidaron, igual que el polaco, de no extender el juicio de inconstitucionalidad sobre la propia Decisión marco 2002/584/JAI.

¹¹ Núm. 1 de sus «argumentos principales».

adelante¹²: «El principio de interpretación del Derecho interno de manera “comprensiva para con el Derecho europeo”¹³, tal y como resulta de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tiene sus límites. En ningún caso podría conducir a resultados contradictorios con el texto explícito de las disposiciones constitucionales o resultar irreconciliable con las garantías mínimas plasmadas en la Constitución» (aclarando a continuación, por lo que respecta a esta última matización, que, «en particular, las disposiciones de la Constitución en el ámbito de los derechos y libertades del individuo establecen un umbral mínimo e insuperable en el sentido de no poder resultar aminorado o cuestionado como consecuencia de disposiciones comunitarias»; en similar línea, recordemos, se pronunció nuestro Tribunal Constitucional en su Declaración 1/2004, al sostener que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea «se concibe, en todo caso, como una garantía de mínimos sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno»).

Partiendo de tal premisa, el Tribunal Constitucional, entre otras cuestiones, consideró compatible con la Constitución el derecho de todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado¹⁴.

Y lo hizo a partir de la siguiente lectura del texto constitucional: por un lado¹⁵, el referido derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales no constituiría una amenaza para la República de Polonia en cuanto bien común de los ciudadanos polacos (art. 1), ni para su independencia nacional, en la medida en que las comunidades de autogobierno local participarían en el ejercicio del poder público de naturaleza precisamente local (y, según el art. 16 de la Constitución, las iniciativas o decisiones atinentes al Estado considerado como un todo no podrían adoptarse en un contexto de autogobierno local); por otro lado¹⁶, dicho derecho de sufragio tampoco resultaría incompatible con el art. 62.1 de la Constitución (según el cual, «el ciudadano polaco, habiendo alcanzado los dieciocho años de edad a más tardar el día de la votación, tendrá el derecho a

¹² Núm. 14 de sus «argumentos principales».

¹³ *Sympathetic to European law*, según versión inglesa del propio Tribunal.

¹⁴ Art. 19.1 del Tratado de la Comunidad Europea.

¹⁵ Núm. 26 de sus «argumentos principales».

¹⁶ Núm. 27 de sus «argumentos principales».

participar en los referendos y a votar en las elecciones a la Presidencia de la República, así como en las elecciones a la Dieta y al Senado, y órganos locales de autogobierno»), en la medida en que el derecho en él reconocido a los ciudadanos polacos de elegir, *inter alia*, a sus representantes en los órganos de autogobierno local, no tendría un carácter exclusivo (en el sentido de que, garantizado directamente por la Constitución a los ciudadanos polacos, podría también extenderse a ciudadanos de otros Estados) ¹⁷.

* * *

En segundo lugar, no hay que olvidar que, tratándose de actividad interna de ejecución del Derecho comunitario en respetuosos términos reglados, un pronunciamiento de inconstitucionalidad material de aquélla lo sería también, indirectamente, de la norma comunitaria de la que trae causa. Lo cual refuerza la idea de potenciar el previo cuestionamiento al Tribunal de Justicia europeo acerca del exacto alcance de esta última a los efectos de confirmar la naturaleza efectivamente reglada de la ejecución, su escrupuloso respeto por la norma interna y, en su caso, la imposibilidad de una depuración de ambas normas bajo parámetros propiamente comunitarios.

Vuelvo así a insistir en la conveniencia del previo diálogo del juez nacional con el juez europeo.

En efecto, activada la cuestión prejudicial, una respuesta del Tribunal de Justicia declarando la existencia de contradicción conllevará, como regla general, la inaplicación de la ley por el juez nacional ordinario, desapareciendo así, en principio, el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad en el caso, por ejemplo, español o italiano. Si, por el contrario, el Tribunal de Justicia no advierte contradicción alguna, queda en pie la cuestión de inconstitucionalidad; pero, a la hora de plantearla y de resolverla, se hará en los términos que proceden, esto es, situando de entrada al Tribunal Constitucional en el debido contexto, previamente aclarado por el

¹⁷ Compárese esta aproximación del Tribunal Constitucional polaco a la cuestión del derecho de sufragio en las elecciones municipales con la realizada por nuestro Tribunal Constitucional en su Declaración 1/1992, de 1 de julio. Como he sostenido en otro lugar [cfr. mi comentario a la Declaración 1/2004 en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, 73 (2005)], considero que, pese a su rotundidad, bien otro podría (y en mi opinión, debería) haber sido el pronunciamiento del Tribunal Constitucional español (a la luz, entre otros, de los sólidos argumentos sugeridos en el requerimiento) acerca del alcance del art. 13.2 de la Constitución con relación al —entonces— art. 8 B del Tratado de la Unión, cuanto menos si se hubiera producido no en el marco de un control *ex ante*, sino *ex post*.

Tribunal de Justicia, en el que debe enjuiciarse una ley cubierta por el radio de acción del Derecho comunitario.

En cambio, si se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad sin haber dado previamente al Tribunal de Justicia la oportunidad de pronunciarse, se corre el riesgo de una decisión estimatoria ajena a la incardinación de la ley en el ámbito comunitario; incardinación que, de traducirse en una ejecución sin margen de apreciación, podría situar el problema en un incómodo contexto de contradicción constitucional con el propio Derecho comunitario sin haber permitido la previa autodepuración de éste. Y poco solucionará, por otro lado, un pronunciamiento acerca de la constitucionalidad de la ley en términos positivos, que no eliminará *per se* la necesidad de una decisión del Tribunal de Justicia acerca de la —por hipótesis— duda razonable y objetiva de su contradicción con el Derecho comunitario.

Adviértase que he matizado que, «como regla general», la existencia de contradicción constatada por el juez europeo conllevará la inaplicación de la ley por el juez nacional ordinario, haciendo así desaparecer, «en principio», el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad en los sistemas jurídicos, como el nuestro, presididos por el control concentrado de constitucionalidad.

Ello porque podría no suceder inexorablemente así, como en el asunto Berlusconi, en el que la contradicción de la legislación italiana con la comunitaria, implícitamente constatada por el Tribunal de Justicia (y explícitamente por la Abogado General Kokott) en su Sentencia de 3 de mayo de 2005 (C-387/02, C-391/02 y C-403/02)¹⁸, no conllevó la inaplicación de aquella debido a la naturaleza específica de ésta, traducida en directivas¹⁹;

¹⁸ La sentencia tiene su origen en una serie de cuestiones prejudiciales planteadas *ex art.* 234 del TCE por los Tribunales de Milán y de Lecce, suscitadas en el marco de procedimientos penales incoados en Italia contra los señores Berlusconi (C-387/02), Adelchi (C-391/02) y Dell'Utri y otros (C-403/02), por presunta infracción de disposiciones del Código Civil italiano concernientes a la falsedad en la información societaria (concretamente, a la falsedad en documentos contables).

¹⁹ FJ 74: «En el contexto específico de una situación en la que las autoridades de un Estado miembro invocan una directiva contra un particular en el marco de un procedimiento penal, el Tribunal de Justicia ha precisado que una directiva no puede, por sí sola y con independencia de una ley interna adoptada por un Estado miembro para su aplicación, crear o agravar la responsabilidad penal de quienes infrinjan sus disposiciones».

FJ 75: «En el caso de autos, invocar el art. 6 de la Primera Directiva sobre sociedades con el fin de que se controle la compatibilidad con esta disposición de los nuevos arts. 2.621 y 2.622 del Código Civil italiano podría provocar la inaplicación del régimen de penas más leves previsto por dichos artículos».

inaplicación que, sin embargo, y acompañada de una anulación con efectos *erga omnes*, podría haber venido de la mano de una posterior declaración de inconstitucionalidad (hipótesis ésta por el momento²⁰ descartada en el asunto en cuestión al haber previamente rechazado la Corte Costituzionale, por Sentencia de 26 de mayo de 2004, núm. 161, los motivos de inconstitucionalidad ante él planteados por la jurisdicción ordinaria²¹).

Es más, podría incluso suceder que la declaración de incompatibilidad de la legislación interna con la comunitaria no haga desaparecer *per se* la necesidad de activar la cuestión de inconstitucionalidad, como de hecho ha ocurrido también en Italia en relación con la Directiva sobre residuos²².

En efecto, planteada cuestión prejudicial por la justicia italiana acerca de la compatibilidad entre dicha Directiva y la normativa nacional de ejecución, el Tribunal de Justicia aclaró que una correcta y debida interpretación de aquélla conducía a su contradicción con ésta (asunto Niselli, 11 de noviembre de 2004, C-457/02).

El mismo juez remitente (Tribunal de Terni), no obstante, decidió en febrero de 2005 plantear ante la Corte Costituzionale cuestión de inconsti-

²⁰ Cfr. *infra* notas 20 y 25.

²¹ Y es que paralelamente al planteamiento de las cuestiones prejudiciales por los Tribunales de Milán (C-387/02 y C-403/02) y de Lecce (C-391/02), recibidas en el Tribunal de Justicia entre octubre y noviembre de 2002, varios tribunales italianos, incluido el Tribunal de Milán, plantearon a la Corte Costituzionale, entre septiembre de 2002 y marzo de 2003, una serie de cuestiones de inconstitucionalidad concernientes, también, a la reforma de los arts. 2.621 y 2.622 del Código Civil.

La mayor parte de ellas resultaron acumuladas y resueltas por la citada Sentencia (de inadmisión) núm. 161 de 2004; otras, sin embargo, quedaron en suspenso en espera de la respuesta del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales activadas por los Tribunales de Milán y Lecce (Auto núm. 165, al que ya me referí en nota 6 *in fine* y sobre el que volveré).

Por lo que respecta al primer bloque de cuestiones, planteadas por los Tribunales de Forlì, Melfi y Milán y abordadas en la Sentencia 161, pueden en esencia reagruparse, dejando a un lado las consideradas manifiestamente inadmisibles por falta de motivación acerca de su relevancia constitucional en los litigios principales, en la supuesta vulneración de los arts. 3 (principios de igualdad y razonabilidad), 76 (delegación legislativa y ejercicio de la delegación) y 25 (tipicidad del Derecho penal) de la Constitución italiana (no consideró necesario la Corte, a la luz de su argumentación, detenerse concretamente en el análisis de la vulneración del art. 117 de la Constitución, como consecuencia de la supuesta vulneración del Convenio OSCE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, limitándose a inadmitir, en la parte dispositiva de la Sentencia, la cuestión de inconstitucionalidad suscitada al respecto).

²² Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos (DO, L 194, p. 39; EE, 15/01, p. 129), en la versión modificada por la Directiva 91/156/CEE del Consejo, de 18 de marzo de 1991 (DO, L 78, p. 32), y por la Decisión 96/350/CE de la Comisión, de 24 de mayo de 1996 (DO, L 135, p. 32).

tucionalidad (pendiente de resolución) con relación a una nueva ley dictada apenas un mes después de la Sentencia Niselli²³, por considerar que ésta contradecía abiertamente la Directiva sobre residuos tal y como acababa de ser interpretada por el Tribunal de Justicia²⁴.

Concretamente, el juez ordinario consideró que con dicha nueva legislación «nuestro país se sustrae a las obligaciones derivadas de su pertenencia a la Unión Europea, plasmadas, en particular, en el art. 10 del TCE, que establece el principio de cooperación leal, y en el art. 234 (*ex* 177) del TCE, que establece una forma de cooperación entre los jueces nacionales y el Tribunal europeo, configurando un mecanismo centralizado de interpretación del Derecho comunitario, tendente a garantizar la certeza del Derecho en todos los casos en que se deba aplicar la norma sometida a la interpretación prejudicial». «Comportamiento éste», continuó, «que en el ordenamiento nacional tiene como consecuencia la evidente violación del art. 11, relativo al respeto de los compromisos internacionales²⁵, y, sobre todo, del nuevo art. 117 de la Constitución, según el cual “el poder legislativo será ejercido por el Estado y por las Regiones dentro de los términos de la Constitución, así como de las obligaciones que deriven del ordenamiento comunitario y de los compromisos internacionales”»²⁶.

²³ *Legge delega per l'ambiente* de 15 de diciembre de 2004, núm. 308.

²⁴ Cuestión de inconstitucionalidad planteada el 2 de febrero de 2005. Cfr. en línea similar la cuestión planteada por el Tribunal del Riesame de Venecia el 14 de marzo siguiente, así como la del propio Tribunal de Terni el 29 de junio, también de 2005.

²⁵ Según el art. 11, «Italia repudia la guerra como instrumento de ataque a la libertad de los demás pueblos, y como medio de solución de las controversias internacionales accede, en condiciones de igualdad con los demás Estados, a las limitaciones de soberanía necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las nacionales, y promoverá y favorecerá las organizaciones internacionales encaminadas a este fin».

²⁶ Recordemos que, de manera casi simultánea al planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad (entre septiembre de 2002 y febrero de 2003) inadmitidas por la Corte Costituzionale en su Sentencia núm. 161 de 2004 (asunto Berlusconi), el Tribunal de Palermo planteó (entre noviembre de 2002 y marzo de 2003) otra serie de cuestiones de inconstitucionalidad concernientes, igualmente, a los arts. 2.621 y 2.622 del Código Civil, confrontados con los arts. 10, 11 y 117 de la Constitución, en relación a su vez con la Directiva 68/151, en la medida en que aquéllos no habrían previsto, frente a lo que ésta impone, «sanciones apropiadas» en caso de «falta de publicidad del balance y de la cuenta de pérdidas y ganancias tal como se ordena en la [propia Directiva]».

Pues bien, en el escrito de defensa depositado ante el Tribunal Constitucional con ocasión de la audiencia pública, la Abogacía del Estado, trayendo a colación las «análogas» cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia por los Tribunales de Milán y de Lecce, consideró oportuno, habida cuenta de la absoluta coincidencia en cuanto al objeto entre el juicio de constitucionalidad y el de comunitariedad, y pese a la «bien conocida (...) independencia (...) y separación» de ambos juicios, «dar precedencia temporal al Tribunal comunitario», solicitando por ello, y obteniendo del Tribunal Constitucional

No desconocía el Tribunal de Terni, ni mucho menos, que el referido problema de contradicción entre el Derecho comunitario, tal y como es interpretado por el Tribunal de Justicia, y la legislación italiana podría considerarse ya resuelto «a través de la obligación de funcionarios y jueces italianos de inaplicar las nuevas disposiciones» (*i. e.*, la Ley de diciembre de 2004).

A tal argumentación, no obstante, opuso el Tribunal de Terni una serie de motivos que avalarían el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, vinculados esencialmente con el principio de seguridad jurídica, a saber: 1) incertidumbre derivada de pronunciamientos contradictorios en el seno de la Corte di Cassazione acerca del alcance de la normativa comunitaria en materia de residuos, con significativa doctrina restrictiva de dicho alcance sobre la base, según algunos pronunciamientos, de los limitados efectos jurídicos de las directivas y de la incompetencia del Tribunal de Justicia para interpretar vía prejudicial Derecho nacional; 2) incertidumbre derivada «del límite que jueces y funcionarios italianos encuentran en la obligación de no agravar, sobre todo en el ámbito penal, obligaciones y responsabilidades de los ciudadanos como consecuencia de la aplicación de normas comunitarias»²⁷, y 3) incertidumbre derivada del alcance del

(Auto núm. 161 de 2004), el reenvío de las cuestiones de inconstitucionalidad para nuevo examen.

²⁷ Cuestión ésta que está siendo objeto de un profundo debate en la doctrina italiana, sobre todo teniendo en cuenta que, mientras en el asunto Niselli el Tribunal de Justicia (*decidiendo en Sala*) se limitó a constatar que «en el presente caso, consta que, en el momento en que se produjeron los hechos que dieron lugar al proceso penal contra el Sr. Niselli, éstos podían constituir, en su caso, infracciones sancionadas penalmente» y que «en tales circunstancias, no procede examinar las consecuencias que podrían derivarse del principio de legalidad de las penas respecto a la aplicación de la Directiva 75/442» (cuando lo cierto es que, en opinión del Tribunal de Terni, «la aplicación de la noción comunitaria de “residuo” tal y como es interpretada por el Tribunal de Justicia, con la correspondiente inaplicación de la norma italiana posterior que desvincula la chatarra metálica de las obligaciones previstas en la normativa comunitaria para los residuos, comporta para los ciudadanos, ciertamente, una situación desfavorable respecto de la que resultaría de la sola legislación italiana»), en el asunto Berlusconi, como vimos, sostuvo (*decidiendo en Gran Sala*) que «en el caso de autos, invocar el art. 6 de la Primera Directiva sobre sociedades con el fin de que se controle la compatibilidad con esta disposición de los nuevos arts. 2.621 y 2.622 del Código Civil italiano podría provocar la inaplicación del régimen de penas más leves previsto por dichos artículos», y «tal consecuencia sería contraria a los límites resultantes de la propia naturaleza de cualquier directiva, que prohíben, según se desprende de la jurisprudencia (...) que una directiva cree o agrave la responsabilidad penal de los inculpados».

Por otro lado, téngase en cuenta que, independientemente del discurso acerca de que las directivas comunitarias no puedan agravar la posición de los individuos en procesos penales, entra también en juego el alcance y límites de la, en sí misma considerada, aplicación retroactiva de las normas penales más favorables, reconocida en la mayor parte de las

novedoso art. 117 de la Constitución italiana, concretamente acerca de la posible intervención de la Corte Costituzionale para garantizar su respeto frente a violaciones «groseras» de las obligaciones derivadas del ordenamiento comunitario (y por ello mismo, violaciones «groseras» del propio art. 117).

Cobra así de nuevo actualidad el problema de la posible entrada en juego de la Corte Costituzionale para controlar la compatibilidad de la ley con el Derecho comunitario.

Recordemos que en los años setenta la Corte Costituzionale sentó la doctrina de la identificación de las vulneraciones del Derecho comunitario por el legislador italiano con infracciones del texto constitucional, en concreto de la cláusula de integración plasmada en el art. 11²⁸. Esta identificación, ligada al sistema interno del control judicial del sistema de fuentes, conducía a imponer al juez ordinario el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cada vez que llegaba al convencimiento de una contradicción de la ley con el Derecho comunitario: en la medida en que tal contradicción implicaba *per se* y al mismo tiempo, según el razonamiento de la Corte Costituzionale, una vulneración de la cesión de soberanía operada en virtud del art. 11 de la Constitución, tal inconstitucionalidad suponía, automáticamente, la entrada en juego del monopolio de la Corte respecto de los juicios negativos de constitucionalidad de la ley, activado por el juez ordinario a través del planteamiento de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad.

Frente a esta doctrina, como es sabido, reaccionó el Tribunal de Justicia en el asunto Simmenthal, de 9 de marzo de 1978 (106/77), en los siguientes términos: «el juez nacional encargado de aplicar, en el marco de

Constituciones nacionales (con relación a la española, puede verse J. A. LASCURÁIN SÁNCHEZ, *Sobre la retroactividad penal favorable*, Madrid, Civitas, 2000) y en la propia Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 49.1, que el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa hereda en su art. II-109.1).

Cfr. al respecto R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO y P. VERONESI (dirs.), «Ai confini del favor rei. Il falso in bilancio davanti alle Corte Costituzionale e di Giustizia», *Atti del Seminario di Ferrara*, 6 de mayo de 2005, Turín, Giappichelli, 2005. También P. GIAMPIETRO, *I materiali ferrosi fra sovranità e giudice comunitario y La nozione di rifiuto fra Cassazione Penale e Corte Costituzionale*, ambos en www.ambientediritto.it; N. MAZZACUVA, *A proposito di «interpretazione creativa» tra diritto penali, principi costituzionali e direttive comunitarie*, y L. MEZZETI, *Il falso bilancio fra Corte di giustizia e Corte costituzionale italiana (passando attraverso i principi supremi dell'ordinamento costituzionale...)*, ambos en www.giurcost.org; A. PUGIOTTO, *Vite parallele? «Rifiuti» e «falso bilancio» davanti la Corte costituzionale e di giustizia*, www.dirittoambiente.com.

²⁸ Sentencia Industrie Chimiche Italia Centrale de 30 de octubre de 1975 (232/1975).

su competencia, las disposiciones del Derecho Comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional»; referencia ésta a «otro procedimiento constitucional» que, como claramente se desprendía de la cuestión prejudicial planteada por el Pretore di Susa, no era otro que la declaración de inconstitucionalidad.

Asumida por la Corte Costituzionale, en líneas generales, la doctrina Simmenthal en su Sentencia Granital, de 8 de junio de 1984, núm. 170, y producida poco después la integración de nuestro país en las Comunidades Europeas, el Tribunal de Justicia, en la primera oportunidad que tuvo, y a sabiendas probablemente de que nuestro sistema podía seguir los derroteros de Italia, aprovechó la primera oportunidad que se le presentó, en el contexto de una cuestión prejudicial planteada por un tribunal español, para reiterar la referida doctrina²⁹.

Ahora bien, he matizado que la Corte Costituzionale asumió Simmenthal «en líneas generales» porque, entre otras cosas y en lo que ahora interesa, se cuidó de reservarse la competencia para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las leyes «dirigidas a impedir o menoscabar el continuo cumplimiento del Tratado, en relación con el sistema o el núcleo esencial de sus principios»; reserva ésta que, reforzada por el nuevo art. 117 tras la reforma constitucional de 2001, aflora ahora en la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal de Terni, y que debería suscitar una profunda reflexión en el panorama jurídico español.

Por mi parte, y como he sostenido en otros estudios³⁰, estimo que las leyes reivindicatorias de la cesión del ejercicio de competencias operada en virtud del art. 93 de la Constitución española, entendiendo por tales aquellas en las que el legislador español manifiesta una clara voluntad de hacerlas prevalecer sobre el Derecho comunitario, deberían ser consideradas contrarias al art. 96.1 y, simultáneamente, al art. 93.

Y parece que tal inconstitucionalidad nos situaría en el terreno de la competencia exclusiva del Tribunal Constitucional para declararla, debido a que la voluntad patente del legislador nos conduciría, sobre la base de la

²⁹ Sentencia Ford España de 11 de junio de 1989 (170/1988).

³⁰ Últimamente en *El Juez español y el Derecho comunitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

doctrina del propio Tribunal Constitucional, fuera del marco de «un puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, [cuya] resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozcan»³¹, en la medida en que tal selección, en favor de la ley, vendría ya impuesta explícitamente por el legislador; en cuyo caso, el control sobre dicha selección impuesta legislativamente excedería de la competencia del juez ordinario en favor del constitucional³².

En este supuesto cabría también incluir el mantenimiento de leyes declaradas contrarias al Derecho comunitario por el Tribunal de Justicia, particularmente en el marco del correspondiente recurso por incumplimiento *ex arts. 226 o 227 TCE*.

En efecto, a partir del momento en que pudiera claramente entenderse³³ que el Estado español no ha procedido a conformar su legislación con el Derecho comunitario a la luz de la lectura de éste procedente de Luxemburgo, cabría sostener que el legislador estaría optando por no respetar la cesión operada en virtud del art. 93, incurriendo la legislación declarada por el Tribunal de Justicia contraria al Derecho comunitario en una suerte de inconstitucionalidad sobrevenida.

Bien es cierto que la obligación que a partir de ese momento pesaría sobre el juez ordinario de plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad desembocaría, parece, en una situación de incompatibilidad con la doctrina Simmenthal, aunque favorable al mismo tiempo al principio constitucional y comunitario, manejado como vimos por el Tribunal de Terni, de seguridad jurídica³⁴, amén de suponer una nueva vía de presión

³¹ Sentencia 28/1991, de 14 de febrero.

³² Ello teniendo en cuenta, por lo demás, las insuficiencias que presenta la propia calificación por el Tribunal Constitucional de la contradicción entre el Derecho comunitario y las normas internas «como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto», en la medida en que tal calificación, amén de esconder lisa y llanamente, sobre todo tratándose de ámbitos de aplicación concurrentes, una valoración de compatibilidad entre ambas normas, no se podría extender a procesos en los que se impugna directamente una norma reglamentaria ante la jurisdicción contencioso-administrativa por vulneración de una norma comunitaria. Es más, aun fuera del marco de las impugnaciones directas, dicha calificación podría si acaso predicarse respecto de normas comunitarias susceptibles de aplicación directa, pero no, parece, de aquellas otras con limitados efectos reaccionales, esto es, de pura inaplicación de la norma interna que haya sobrepasado el margen de apreciación permitido por la norma comunitaria.

³³ Lo que puede no ser el caso si la declaración del Tribunal de Justicia requiere de precisión ulterior, lo que a su vez no será el caso si el juez español descarta debidamente el planteamiento de la cuestión prejudicial al no albergar dudas razonables y objetivas al respecto.

³⁴ Ya en el asunto Simmenthal la Comisión destacó en sus alegaciones que «la nueva vía abierta en Italia para eliminar leyes nacionales incompatibles con el Derecho Comunitario,

sobre el legislador recalcitrante, que se sumaría, potencialmente, a la ejercida por el Tribunal de Justicia (a través de la posible imposición *ex art. 228* TCE de multas a tanto alzado o coercitivas) y por la jurisdicción contencioso-administrativa (en el marco de acciones internas de responsabilidad de los poderes públicos por infracción del Derecho comunitario).

Pero no lo es menos que tal situación quedaría muy amortiguada si el juez, al tiempo de plantear la cuestión, y habida cuenta de la evidencia de la inconstitucionalidad en el panorama que estamos contemplando, hiciera uso de todo el arsenal de medidas cautelares a su alcance para garantizar provisionalmente la efectividad del Derecho comunitario; a lo que habría que añadir el amplio margen de maniobra del que gozaría el Tribunal Constitucional para tramitar con el carácter de preferente la cuestión de inconstitucionalidad, valga la redundancia, en cuestión.

* * *

Decía también al defender la preferencia cronológica de la cuestión prejudicial sobre la de inconstitucionalidad que si esta última se plantea y se resuelve sin haber dado previamente al Tribunal de Justicia la oportunidad de pronunciarse, se corre el riesgo de una decisión estimatoria ajena a la incardinación de la ley en el ámbito comunitario, lo que podría conducir la situación a un incómodo contexto de contradicción constitucional con el propio Derecho comunitario.

Tal posibilidad parece particularmente factible en el terreno de las ejecuciones regladas del Derecho comunitario, pero puede también producirse en el de las excepciones nacionales al mismo, como ha sucedido, también en Italia, con la privatización en el sector farmacéutico.

En efecto, remitida a la Corte Costituzionale por el Tribunal Administrativo Regional de Lombardía cuestión de inconstitucionalidad de una ley³⁵ que, estableciendo la incompatibilidad entre la gestión societaria de las farmacias privadas y cualquier otra actividad en «el sector de la producción, distribución, intermediación e información científica del medicamen-

consistente en una declaración de inconstitucionalidad, podría representar un refuerzo de éste y revelarse útil en casos complejos, susceptibles de dar lugar a múltiples y largos procesos», puntualizando a continuación, eso sí, que dicha vía «no podría sustituir, deviniendo obligatoria, a la vía directa, que el juez en el litigio principal debe seguir en todo caso, y que consiste en aplicar la norma comunitaria y no la nacional contraria».

³⁵ Concretamente, del art. 8.1.a) de la Ley núm. 362, de 8 de noviembre de 1991, de reordenación del sector farmacéutico.

to» (extendiendo así la incompatibilidad prevista para las personas físicas titulares o gestoras de farmacias), nada preveía respecto de las farmacias municipales (cuya gestión societaria, por tanto, no estaba sometida a incompatibilidad alguna en caso de desempeño simultáneo por la sociedad gestora de las actividades recién mencionadas, excluidas de la gestión de las farmacias privadas), la Corte, en su Sentencia de naturaleza aditiva de 24 de julio de 2003, núm. 275, declaró la inconstitucionalidad de la ley por vulneración de los arts. 3 (principios de igualdad y razonabilidad) y 32 (derecho a la salud) de la Constitución, «en la parte en que no prevé que la participación societaria en la gestión de farmacias municipales es incompatible con cualquier otra actividad en el sector de la producción, distribución, intermediación e información científica del medicamento».

Pues bien, he aquí que, resuelto por el juez *a quo* el litigio principal sobre la base de la decisión de la Corte, anulando el bando del Ayuntamiento de Milán que consintió la participación de la sociedad Admenta Italia (que operaba en la distribución intermedia de medicamentos) en la licitación para la elección del socio de la empresa encargada de gestionar las farmacias municipales y todos los actos siguientes (incluida la adjudicación), tanto Admenta como el Ayuntamiento de Milán procedieron a impugnar la decisión ante el Consiglio di Stato por vulneración de los arts. 12 (principio de no discriminación), 43 (libertad de establecimiento) y 56 (libre circulación de capitales) del Tratado de la Comunidad Europea.

Así las cosas, la respuesta del Consiglio di Stato, por Sentencia desestimatoria de 8 de agosto de 2005, núm. 4207, no hace sino poner de manifiesto, una vez más, el debate acerca de la conveniencia de un diálogo directamente entablado, en su caso, entre el juez constitucional nacional y el juez europeo ³⁶.

³⁶ La puerta de la cuestión prejudicial en el contexto de jurisdicciones constitucionales fue abierta (asunto *Fédération des chambres syndicales de médecins*, 16 de julio de 1998, C-93/97) por la Cour d'Arbitrage belga (Tribunal con funciones constitucionales), seguida por el Verfassungsgericht austriaco (asunto *Adria-Wien Pipeline e.a.*, 8 de noviembre de 2001, C-143/99).

Por lo que respecta al Tribunal Constitucional portugués, admitió la posibilidad de activar la cuestión prejudicial en términos —en cuanto juez cuyas decisiones serían irrecurribles— obligatorios en la Sentencia de 23 de mayo de 1990 (163/1990), aunque lo cierto es que nunca la ha llevado a la práctica; cfr. al respecto, por ejemplo, Sentencias de 7 de diciembre de 1999 (658/1999), 11 de abril de 2000 (240/2000) y 16 de mayo de 2000 (278/2000).

También admitió dicha posibilidad, aunque en términos facultativos, la Corte Costituzionale en su Sentencia de 8 de abril de 1991, núm. 168, si bien la desterró posteriormente en el *Auto Messaggero Servizi*, de 15 de diciembre de 1995, núm. 536, con las consecuencias que acabamos de ver.

Consideró el Consiglio que alguno de los artículos del Tratado invocados (concretamente, los concernientes al principio de no discriminación y a la libre circulación de capitales) no serían directamente aplicables³⁷. Es más, ni siquiera serían susceptibles de provocar una interpretación conforme de la ley, en la medida en que ésta sería el resultado de una sentencia constitucional de tipo aditivo que habría eliminado la vulneración de la igualdad y la protección de la salud, consagradas constitucionalmente. Incluso carecería de relevancia plantear cuestión prejudicial, en la medida en que la respuesta del Tribunal de Justicia en ningún caso podría influir sobre la litis, habida cuenta de la doctrina de la Corte Costituzionale sobre los «*controlimiti*».

Veamos su razonamiento respecto a este último punto.

«Es concebible», sostuvo el Consiglio, «conservar un espacio jurídico estatal excluido por completo de la influencia del Derecho comunitario; un espacio en el que el Estado continúa siendo totalmente soberano, independiente si se prefiere, y por ello libre de disponer de las propias fuentes normativas». Espacio éste que sería precisamente el de «los derechos fundamentales, cuya tutela actúa a modo de “contralímite”, no susceptible de supresión, a las limitaciones espontáneamente aceptadas en virtud del Tratado», en cuyo contexto habría que «ubicar la sentencia constitucional núm. 257 de 2003, según la cual resulta indispensable para la tutela de un derecho fundamental del ordenamiento, el derecho a la salud, la modificación efectuada del art. 8.1.a) de la Ley núm. 362 de 1991».

Pero no detuvo ahí el Consiglio su razonamiento.

«Podría objetarse que la Corte [Costituzionale] no ha tenido en cuenta el problema del posible conflicto entre la modificación introducida y el Tratado y que, por tanto, la cuestión suscitada por los recurrentes está aún en espera de una solución por parte de la autoridad comunitaria competente, a la cual debería ser remitida aquélla. A este respecto, el Consiglio no tiene por qué pronunciarse sobre la posibilidad de que en un futuro, incluso próximo, pueda tener lugar un enjuiciamiento por el Tribunal de Justicia de la compatibilidad de la norma italiana con el Tratado, como consecuencia del ejercicio de competencias propias de los órganos comunitarios».

Se sitúa así el Consiglio al margen de un posible recurso por incumplimiento contra Italia *ex* art. 226 del TCE, conocedor posiblemente de su

³⁷ Téngase en cuenta, en relación con el art. 46.1 TCE, que el Tribunal de Justicia admitió su eficacia directa en el asunto *Sanz de Lera e.a.*, 14 de diciembre de 1995 (C-163, 165 y 250/94).

activación unos meses antes, con la Comisión imputando al Estado italiano³⁸ una vulneración de los arts. 43 y 56 del TCE, entre otros motivos porque «la interpretación de la Corte Costituzionale conduce a prohibir a toda sociedad que opere en el sector de distribución de medicamentos la adquisición de participaciones minoritarias o mayoritarias en sociedades de gestión de farmacias municipales y constituye una limitación de la libre circulación de capitales y de la libertad de establecimiento, en la medida en que no sólo desalienta, sino que hace imposible para las empresas operadoras o vinculadas a empresas operadoras en la distribución farmacéutica la participación mayoritaria o minoritaria en sociedades de gestión de farmacias».

Parece, pues, que poco a poco va llegando a su fin la tradicional impunidad de los Estados frente a las acciones por incumplimiento directamente vinculadas con el comportamiento de los tribunales nacionales; acciones que, pese a ser posibles desde un punto de vista teórico³⁹, nunca han sido llevadas a la práctica hasta el punto de provocar un pronunciamiento del Tribunal de Justicia.

En efecto, tal posibilidad ha venido siendo descartada por la Comisión sobre la base, por un lado, de que la acción por incumplimiento no constituiría el cimiento más apropiado para una cooperación entre las jurisdicciones nacionales y el Tribunal de Justicia, y, por otro, de que el principio universal de independencia del poder judicial debilitaría los fundamentos para reprochar a un Estado miembro el comportamiento de uno de sus tribunales.

Ahora bien, que la Comisión pareciera claudicar respecto de la posibilidad de iniciar procesos *ex art. 226* frente a incumplimientos puntuales de los órganos jurisdiccionales nacionales⁴⁰ (en línea por lo demás coherente

³⁸ Carta de requerimiento de 16 de marzo de 2005, 2004/4928, C (2005) 762.

³⁹ Así lo consideró el *Informe del Grupo de Reflexión sobre el futuro del sistema judicial de las Comunidades Europeas*, elaborado bajo la presidencia de Ole Due en 2000 para la Comisión con vistas a la reforma de Niza.

⁴⁰ Aunque existe algún ejemplo de intento de control por la Comisión de un específico incumplimiento judicial, si bien por la vía indirecta de convertir en objeto del procedimiento *ex art. 226* la actitud de una Administración nacional que pretendía prevalerse de una sentencia dictada sin respetar las exigencias del art. 234. Así, en su Sexto Informe Anual sobre la aplicación del Derecho comunitario, la Comisión, refiriéndose a casos en que los tribunales nacionales no tienen en cuenta el alcance y los requisitos del art. 234, nos informa sobre la incoación de un procedimiento por incumplimiento contra Francia (resuelto en la fase administrativa, según el Séptimo Informe Anual, *DO*, 1990, C-232/54) en relación con una sentencia del Tribunal de Casación que había penalizado una determinada importación en contra de lo dispuesto por el Derecho comunitario y sin mediar cuestión prejudicial, considerando la Comisión que la Administración francesa, que había cometido un error al perse-

con su visión general del mencionado precepto, infrautilizado frente a actitudes de carácter igualmente puntual por parte de las administraciones públicas) no significaba que excluyera por completo tal posibilidad precisamente en el contexto de incumplimientos que sobrepasaran una naturaleza individualizada, o, con palabras de la propia Comisión ⁴¹ refiriéndose a incumplimientos relacionados con la obligación de activar la cuestión prejudicial, «en caso extremo, cuando la actitud de los tribunales de un Estado miembro, desconociendo a través de una jurisprudencia constante las condiciones de la remisión prejudicial, hicieran temer la conversión en letra muerta del mecanismo del art. 177 (actual 234)».

Y sucede que ha sido precisamente ese temor a convertir en letra muerta la cuestión prejudicial la que ha estado en el origen del procedimiento incoado contra Suecia ⁴², aún en fase precontenciosa, por incumplir las obligaciones derivadas del art. 234 al no haber adoptado medidas frente a la práctica de sus Tribunales Supremos ⁴³ de no activar la cuestión prejudicial en conexión con sus decisiones de no tomar en cuenta el tema de la prejudicialidad comunitaria a la hora de pronunciarse sobre la admisibilidad de los recursos ante ellos interpuestos y la ausencia de motivación al respecto ⁴⁴ (lo que, a juicio de la Comisión, convertiría en imposi-

guir a una empresa por un delito que, en realidad, no se había cometido, no estaba autorizada, sobre la base del Derecho comunitario, a invocar la sentencia dictada en su favor, que reposaba sobre el mismo error manifiesto en la aplicación del Derecho comunitario.

⁴¹ Allá por 1975 en sus alegaciones en el asunto Meyer-Burckhardt *v.* Comisión, 22 de octubre de 1975 (9/1975).

⁴² Cfr. Dictamen motivado de 13 de octubre de 2004, 2003/2161, C (2004) 3899.

⁴³ Suecia cuenta con dos Tribunales Supremos: el Tribunal Supremo para asuntos de Derecho privado y penal y el Tribunal Supremo Administrativo, que abarca el Derecho administrativo, laboral y fiscal. Por lo que respecta a la práctica de este último en materia de prejudicialidad comunitaria, cfr. el Informe a cargo del Juez M. Melin presentado en *18th Colloquium of the Association of the Councils of State and Supreme Administrative Jurisdictions of the European Union on the subject «The Preliminary Reference to the Court of Justice of the European Communities»*, Helsinki, 20 y 21 de mayo de 2002.

⁴⁴ Téngase en cuenta el asunto Lyckeskog, 4 de junio de 2002 (C-99/00), del que parte la argumentación de la Comisión. En dicho asunto, preguntado por el Tribunal de apelación para Suecia occidental acerca de si un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones sólo son examinadas por el Tribunal Supremo si éste declara la admisibilidad del recurso, debía considerarse un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno (en el sentido del art. 234 de la CE, párrafo tercero), el Tribunal de Justicia negó tal consideración habida cuenta de que «la circunstancia de que el examen del fondo de estas impugnaciones quede supeditado a una previa declaración de admisibilidad por el Tribunal Supremo no tiene por efecto privar a las partes de recurso», y de que «si se plantea una cuestión de interpretación o de validez de una norma de Derecho comunitario, el Tribunal Supremo se verá, conforme al art. 234 de la CE, párrafo tercero, en

ble el control objetivo del efectivo cumplimiento de las mencionadas obligaciones)⁴⁵.

Como fue también una jurisprudencia nacional contraria a Derecho comunitario (al margen en este caso de las exigencias estrictamente vinculadas con el mecanismo prejudicial) la que, asumida de manera considerable por el poder judicial y la administración⁴⁶, estuvo en el origen del primer contencioso por incumplimiento, bien es verdad que indirecto, contra una actitud judicial en un Estado (precisamente Italia) de la Unión Europea⁴⁷. Y digo «indirecto» porque el Tribunal de Justicia, siguiendo los argumentos del Abogado General Geelhoed, se cuidó de insistir⁴⁸ en que el incumplimiento tenía su raíz en el legislador nacional, que era quien había generado la normativa susceptible de generar interpretaciones judiciales incompatibles con el Derecho comunitario⁴⁹.

la obligación de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, bien en la fase de examen de la admisibilidad, bien en una fase posterior».

⁴⁵ Según nos informa U. Bernitz, el Gobierno sueco parece estar intentando llegar a una solución negociada con la Comisión, a cuyos efectos ha presentado a debate una propuesta sobre cuestiones prejudiciales comunitarias, en la que se exige a los tribunales de última instancia una decisión pública y motivada acerca del planteamiento de la cuestión prejudicial cuando éste sea solicitado por cualquier parte litigante (cfr. «Controlling Member State Courts under UE Law: The Duty to Refer Cases to the ECJ and the Köbler Doctrine on Member State Liability», Paper to be presented at a seminar in Harvard Law School on November 9, 2005).

⁴⁶ El Tribunal de Justicia, tras recordar que «cabe declarar la existencia de un incumplimiento de un Estado miembro con arreglo al art. 226 de la CE cualquiera que sea el órgano de dicho Estado cuya acción u omisión ha originado el incumplimiento, incluso cuando se trata —en clara referencia al poder judicial— de una institución constitucionalmente independiente», y tras puntualizar que «el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales debe apreciarse teniendo en cuenta la interpretación que de ellas hacen los órganos jurisdiccionales nacionales», sostuvo: «No cabe tomar en consideración decisiones judiciales aisladas o muy minoritarias en un contexto jurisprudencial marcado por una orientación diferente, o una interpretación desautorizada por el órgano jurisdiccional nacional supremo. La situación es distinta cuando se trata de una interpretación jurisprudencial significativa no desautorizada por dicho órgano jurisdiccional supremo o incluso confirmada por éste».

⁴⁷ Sentencia Comisión *v.* Italia, de 9 de diciembre de 2003 (C-129/00).

⁴⁸ Tal y como evidenció el fallo: «La República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CE, *al no modificar* el art. 29, apartado 2, de la Ley núm. 428, de 29 de diciembre de 1990, titulada “Disposiciones para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la pertenencia de Italia a las Comunidades Europeas (Ley comunitaria para el año 1990)”, que es interpretado y aplicado por la Administración y una parte significativa de los órganos jurisdiccionales, incluida la Corte Suprema di Cassazione (Italia), de un modo que hace excesivamente difícil para el contribuyente el ejercicio del derecho a la devolución de los tributos recaudados contraviniendo las normas comunitarias».

⁴⁹ FJ 33: «Cuando una legislación nacional es objeto de interpretaciones jurisprudenciales divergentes que pueden tomarse en consideración, algunas de las cuales conducen a una

Volviendo sobre el asunto sobre la reordenación del sector farmacéutico en Italia, la Comisión parece decidida a estrechar aún más el margen de tolerancia permitido a los tribunales nacionales, incluidos los constitucionales y/o supremos, procediendo a imputarles directamente posibles infracciones del Derecho comunitario, aun puntuales y concretas cuando tienen lugar al más alto nivel judicial, sumándose así al cerco levantado, también desde el Derecho comunitario, por la vía de la responsabilidad⁵⁰ a los efectos de indemnizar a los justiciables por daños y perjuicios que les ocasionen las igualmente puntuales y concretas infracciones por jueces y tribunales nacionales del Derecho comunitario, en general, y de las exigencias de cooperación con el juez comunitario *ex art. 234 del TCE*, en particular⁵¹.

* * *

No debe olvidarse, *en fin*, que en un contexto de ejecución en términos discrecionales, la declaración de inconstitucionalidad material de una norma interna que haya respetado el margen de apreciación permitido por la norma comunitaria abrirá las puertas a declaraciones de incumplimiento mientras no se proceda a dictar otra norma respetuosa al tiempo con los

aplicación de dicha legislación compatible con el Derecho comunitario, mientras que otras dan lugar a una aplicación incompatible con éste, procede estimar que, como mínimo, esta legislación no es suficientemente clara para garantizar una aplicación compatible con el Derecho comunitario».

⁵⁰ Sentencia Köbler, de 30 de septiembre de 2003 (C-224/01). El propio Tribunal de Justicia había propuesto de *lege ferenda* en 1975, en sus *Sugerencias sobre la Unión Europea* (*Bulletin des Communautés Européennes*, supplément 9/75, p. 18), la previsión bien de un recurso de las partes en el litigio principal ante el Tribunal de Justicia, bien de un procedimiento obligatorio por incumplimiento, bien de una acción indemnizatoria contra el Estado afectado a petición de la parte lesionada.

⁵¹ Cfr. al respecto las Conclusiones del Abogado General Léger en el asunto, pendiente de resolución, Traghetti del Mediterraneo (C-173/03), en el que el Tribunal de Génova, en el marco de una acción de responsabilidad entablada por una empresa contra el Estado italiano por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de unas subvenciones directas en favor de otra empresa competidora, planteó al Tribunal de Justicia si el Derecho comunitario se opone a que el nacimiento de la responsabilidad de un Estado miembro por los daños causados a los particulares en caso de violación del Derecho comunitario imputable a un órgano jurisdiccional supremo se excluya, por una parte, cuando la infracción de que se trate esté relacionada con la interpretación de normas jurídicas o con la apreciación de hechos y pruebas, y se limite, por otra parte y fuera de dicho supuesto, a los casos de dolo o de culpa grave (haciendo hincapié la recurrente en que, si se hubiera activado debidamente la cuestión prejudicial, «el Tribunal de Justicia habría dado probablemente una interpretación de las normas pertinentes del Tratado que habría llevado a la Corte Suprema di Cassazione a resolver en sentido favorable a sus pretensiones»).

parámetros comunitarios y nacionales⁵² (hipótesis ésta igualmente predicable respecto de las declaraciones de inconstitucionalidad formal de normas de ejecución, ya en términos reglados, ya discrecionales). Lo cual puede plantear la necesidad de recurrir a fórmulas que permitan salvaguardar simultáneamente, por un lado, las exigencias constitucionales sustantivas y formales propias del sistema interno de fuentes y, por otro, la responsabilidad derivada de un leal comportamiento hacia la Unión.

Tal podría ser el caso, por ejemplo, del recurso a la fórmula de las sentencias de inconstitucionalidad prospectivas.

Así operó de hecho el Tribunal Constitucional español en la Sentencia 195/1998, de 1 de octubre, en la que declaró la inconstitucionalidad de determinados preceptos la Ley estatal de Delimitación Territorial de la Reserva Natural de las Marismas de Santoña y Noja, por considerar que dicha delimitación era competencia de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

Asumida como regla general la vinculación de la declaración de inconstitucionalidad a la nulidad con efectos *ex tunc*, pero admitida al tiempo jurisprudencialmente⁵³ la posible entrada en juego, motivadamente, de principios jurídicos que aconsejaran excepcionar la mencionada regla, permitiendo modulaciones temporales de sus pronunciamientos anulatorios, el Tribunal Constitucional consideró conveniente «precisar el alcance que debemos dar al fallo de esta resolución, ya que en la actuales circunstancias anudar a la declaración de inconstitucionalidad la nulidad inmediata de la Ley 6/1992 podría (...) provocar una desprotección medioambiental de la zona con graves perjuicios y perturbaciones a los intereses generales en juego y con afectación de situaciones y actuaciones jurídicas consolidadas», teniendo en cuenta que «se trata, además, de intereses y perjuicios que trascienden el plano nacional, como lo demuestra el contenido de la Sentencia, de 2 de agosto de 1993, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por la que se condena al Reino de España, al no haber clasificado las Marismas de Santoña como zona de protección especial y no haber adoptado las medidas adecuadas para evitar la contaminación o el deterioro de los hábitat de dicha zona».

«Para evitar estas consecuencias», concluyó precisando el Tribunal Constitucional, «la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 6/1992

⁵² Salvo en el caso de que la declaración de inconstitucionalidad implique recuperación de la vigencia de normativa anterior acorde con la comunitaria.

⁵³ Cfr. su Sentencia 45/1989, de 20 de febrero.

no debe llevar aparejada la inmediata declaración de nulidad, cuyos efectos quedan diferidos al momento en el que la Comunidad Autónoma dicte la disposición en la que las Marismas de Santoña sean declaradas espacio natural protegido bajo alguna de las figuras previstas legalmente».

Y así operó también el Tribunal Constitucional polaco en su decisión ya citada sobre la euro orden, en la que, tras declarar la inconstitucionalidad del art. 607t del Código Procesal Penal, hizo uso del art. 190 de la Constitución, que permite diferir en el tiempo —hasta un máximo de dieciocho meses— los efectos de una declaración de inconstitucionalidad, teniendo en cuenta que «la institución de la euro orden tiene una importancia crucial para el funcionamiento de la administración de justicia, esencialmente —en cuanto forma de cooperación entre Estados miembros en el fomento de la lucha contra el crimen— para perfeccionar la seguridad», y puntualizando que la ausencia de acciones normativas apropiadas en el referido lapso de tiempo —dieciocho meses— «no sólo conducirán a una infracción de la obligación constitucional de Polonia —art. 9— de respetar el Derecho internacional vinculante, sino que podría también desembocar en graves consecuencias sobre la base del Derecho de la Unión Europea»⁵⁴.

Téngase por lo demás en cuenta, volviendo sobre el sistema jurídico español, y con ello concluyo, que el Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional⁵⁵, prevé una nueva redacción del art. 39, estableciendo su apartado primero: «Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados o cuestionados. No obstante, motivadamente y para preservar los valores e intereses que la Constitución tutela, la sentencia podrá declarar únicamente la inconstitucionalidad o diferir los efectos de la nulidad por un plazo que en ningún caso podrá ser superior a tres años».

Queda el Tribunal Constitucional expresamente habilitado, pues, como adelanta la Exposición de Motivos, «para conceder un plazo

⁵⁴ El Tribunal Constitucional Federal alemán, en cambio, declaró poco después, como ya indiqué, la inconstitucionalidad y nulidad inmediata *de la totalidad* de la ley de ejecución —*Europäisches Haftbefehlgesetz*— de la misma Decisión marco sobre la euro orden, en una sentencia criticada en su seno, entre otras razones, por considerar que debería haber mantenido la validez de la legislación respecto de aquellos casos no afectados por problema alguno de constitucionalidad, como los concernientes a *ciudadanos extranjeros* (cfr. la opinión disidente de la juez Lübbe-Wolff).

⁵⁵ Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 60-1, Proyectos de Ley, 25 de noviembre de 2005.

extraordinario de suspensión de la eficacia de la nulidad de los preceptos inconstitucionales a la espera de su sustitución por el legislador, siempre que expresamente se justifique la concurrencia de algún interés constitucional que resulte protegido por la adopción de este efecto extraordinario»⁵⁶.

⁵⁶ Sobre la coherencia de la motivación del Tribunal Constitucional respecto de la modulación temporal de la nulidad operada en su citada Sentencia 195/1998, cfr. R. ALONSO GARCÍA, B. LOZANO y C. PLAZA MARTÍN, «El medio ambiente ante el Tribunal Constitucional: problemas competenciales y ultraeficacia protectora», *Revista de Administración Pública*, 148 (1999).